

VU Research Portal

Noot bij Rb. Rotterdam 25 oktober 2019 (Schending schadebeperkingsplicht na instemming met beëindiging dienstverband tijdens ziekte?)

Opdam, Marieke

2020

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Opdam, M., (2020). *Noot bij Rb. Rotterdam 25 oktober 2019 (Schending schadebeperkingsplicht na instemming met beëindiging dienstverband tijdens ziekte?)*, No. ECLI:NL:RBROT:2019:8407, Oct 25, 2019. (Jurisprudentie Aansprakelijkheid; Vol. 2020, No. 23).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

eenrichtingsverkeer in de gang helpt niet, omdat in de praktijk ook maar één zijde van de gang beschikbaar was voor het passeren van de broodkarren. Het schenden van een veiligheidsnorm leidt tot een ruime toerekening op grond van art. 6:98 BW. Het hof wijst de gevraagde verklaring voor recht toe en verwijst de zaak naar de rechtbank voor de vaststelling van de schade.

[Appellante] te [woonplaats],
appellante,
hierna te noemen: [appellante],
advocaat: mr. J. Wildeboer te Rotterdam,
tegen
1. Bakkerij 't Zand BV te Heinkenszand,
2. Aegon Schadeverzekering NV te Den Haag,
geïntimeerden,
hierna afzonderlijk ook aangeduid als: de bakkerij
en Aegon,
advocaat: mr. G.C. Endedijk te Amsterdam.

De volledige uitspraak is te raadplegen op
opmaat.sdu.nl.

23

Instemmen met beëindiging dienstverband tijdens ziekte: schending van de schadebeperkingsplicht?

Rechtbank Rotterdam
25 oktober 2019, nr. C/10/549611/HA RK
18-425, ECLI:NL:RBROT:2019:8407
(mr. Hofmeijer-Rutten)
Noot mr. dr. M. Opdam

Deelgeschil. Schadebeperking. Loondoorbetaling. Re-integratie.

[BW art. 6:101]

De benadeelde is als bestuurder van een scooter betrokken geraakt bij een aanrijding. Door de verzekeraar van het andere voertuig dat bij de aanrijding was betrokken is aansprakelijkheid erkend. De benadeelde heeft door de aanrijding gezondheidsschade geleden. Voor het ongeval was hij werkzaam in het restaurant van zijn vader en broer. Er was geen sprake van een schriftelijke arbeidsovereenkomst en het salaris werd contant

betaald. Na het ongeval heeft de benadeelde ingestemd met de beëindiging van zijn dienstverband. Hij stelt dat het restaurant niet beschikte over de financiële middelen om niet alleen zijn loon door te betalen maar ook een vervanger aan te nemen. Door de beperkingen zou het niet meer mogelijk zijn om werkzaamheden in het restaurant te verrichten. In dit deelgeschil verzoekt de benadeelde een verklaring voor recht dat hij niet in strijd heeft gehandeld met de schadebeperkingsplicht. De rechtbank overweegt dat het verweer van de verzekeraar, dat er geen sprake is van causaal verband tussen het ongeval en de beëindiging van het dienstverband omdat de benadeelde daarmee heeft ingestemd, geen doelt treft. De veroorzaker van het ongeval is aansprakelijk voor het letsel en heeft de benadeelde in de positie gebracht dat hij zijn werkzaamheden niet meer kon uitoefenen. De schade ingevolge het verlies aan verdienvermogen is derhalve veroorzaakt door het ongeval. Het uitoefenen van de schadebeperkingsplicht zoals de verzekeraar die voor ogen staat, zou hebben ingehouden dat de benadeelde, door aan te dringen op doorbetaling van salaris en een actieve inzet voor re-integratie, het voortbestaan van het bedrijf en zijn relatie met zijn familie op het spel had moeten zetten. Dat kon, naar het oordeel van de rechtbank, in redelijkheid niet van hem worden gevergd. Daar komt nog bij dat onzeker is in hoeverre dat aandringen inderdaad tot beperking van de schade zou hebben geleid. Het verzoek wordt toegewezen.

[Verzoeker] te [woonplaats verzoeker],
verzoeker,
advocaat: mr. J.H. van der Wouden te Rotterdam,
tegen
de naamloze vennootschap Achmea Schadeverzekeringen NV te Apeldoorn,
verweerster,
advocaat: mr. A.L. Mijnsen te Leusden.

Partijen worden hierna [verzoeker] en Achmea genoemd.

1. De procedure
(...; red.)

2. De feiten

2.1. Op 21 december 2015 heeft een aanrijding plaatsgevonden tussen [verzoeker] als bestuurder

van een scooter en een uit hoofde van de WAM bij Achmea verzekerd motorrijtuig.

2.2. Achmea heeft aansprakelijkheid erkend voor de schade die voortvloeit uit de aanrijding. Zij heeft € 13.000 aan voorschotten betaald.

2.3. [verzoeker] heeft als gevolg van de aanrijding materiële schade in de vorm van een beschadigde scooter en kledingschade alsmede gezondheidschade geleden.

2.4. [verzoeker] heeft tot het ongeval in het restaurant van zijn vader en broer gewerkt zonder dat sprake was van een (schriftelijke) arbeidsovereenkomst. Zijn salaris ontving [verzoeker] constant.

2.5. Na het ongeval heeft [verzoeker] nauwelijks werkzaamheden meer verricht in het restaurant en is aan hem geen salaris meer betaald. Uiteindelijk is het dienstverband met wederzijds goedvinden beëindigd.

3. Het geschil

3.1. [verzoeker] verzoekt om bij beschikking, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. een verklaring voor recht dat hij door te bewilligen in de beëindiging van zijn dienstbetrekking zijn schadebeperkingsplicht niet heeft geschonken en hij schade heeft geleden als gevolg van het ongeval ondanks dat hij geen loon heeft ontvangen;

II. Achmea te veroordelen tot medewerking aan de opstelling van een gedetailleerd belastbaarheidspatroon door de wederzijdse medisch adviseurs, subsidiair de inschakeling van een verzekeringsgeneeskundige die een belastbaarheidspatroon zal opstellen;

III. Achmea te veroordelen tot betaling van € 3.699,69 ter zake van buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand en tevens de kosten van de procedure te begroten op € 1.626,42 te vermeerderen met griffierecht, de kosten van voorbereiding, de reis van en naar de rechtbank en het bijwonen van de zitting.

Ter zitting is het verzoek tot betaling van buitengerechtelijke kosten ad € 3.699,69 verminderd tot nihil (pleitaantekeningen, blz. 1).

3.2. Achmea concludeert tot afwijzing of weigering van de door [verzoeker] verzochte verklaringen voor recht, tot toewijzing van het verzoek tot medewerking van Achmea aan een gedetailleerd belastbaarheidspatroon op te stellen arbeidsdeskundig onderzoek door de wederzijdse medisch adviseurs en tot afwijzing van het (aanvankelijke)

verzoek Achmea te veroordelen tot betaling van € 3.699,69.

3.3. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

Wijziging verzoek

4.1. Per brief van 26 september 2018 heeft [verzoeker] zijn verzoek in die zin gewijzigd dat hij verzoekt:

I. voor recht te verklaren dat hij ter zake van het hem overkomen ongeval jegens Achmea – voor zover het reeds nu bekende feiten betreft – niet in strijd heeft gehandeld met enigerlei schadebeperkingsplicht dan wel in strijd met het bepaalde ex artikel 6:101 BW, subsidiair dat in geval daar wel sprake van is er geen schade daardoor is ontstaan, althans dat de billijkheid wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten eist dat de vergoedingsplicht van Achmea geheel in stand blijft, althans voor een door de rechtbank te bepalen deel;

II. Achmea te veroordelen tot betaling van € 3.699,69 ter zake van buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand en tevens de kosten van de procedure te begroten op € 1.626,42 te vermeerderen met griffierecht, de kosten van voorbereiding, de reis van en naar de rechtbank en het bijwonen van de zitting.

4.2. Achmea verzet zich tegen de wijziging van het verzoek. Met name het subsidiaire verzoek (onder I) betreft een geheel ander verzoek dan het oorspronkelijke subsidiaire verzoek. De goede procesorde, de aard van de deelgeschilprocedure en het beginsel van hoor en wederhoor staan eraan in de weg dat na de zitting een dergelijk nieuw verzoek wordt ingediend.

4.3. De rechtbank overweegt omtrent het gewijzigde verzoek als volgt. In beginsel is de verzoeker op grond van artikel 283 Rv – welk artikel ook op de deelgeschilprocedure van toepassing is – bevoegd het verzoek of de gronden daarvan te verminderen, dan wel schriftelijk te veranderen of te vermeerderen zolang de rechter nog geen eindbeschikking heeft gegeven. De verandering of vermeerdering van (de gronden van) het verzoek kan echter buiten beschouwing worden gelaten op grond van strijd met de eisen van een goede procesorde.

4.3.1. Het primaire verzoek onder I betreft een herformulering van het eerste deel van het eerde-

re primaire verzoek, te weten dat verzocht wordt om voor recht te verklaren dat het bewilligen in het beëindigen van de arbeidsovereenkomst niet in strijd is met de schadebeperkingsplicht. Daarover is ter zitting reeds gesproken en de bedoeling van dit deel van het verzoek is ook toegelicht. In zoverre is de wijziging slechts een verduidelijking en komt deze niet in strijd met de aard van deze procedure of de goede procesorde.

4.3.2. Dat is anders waar het gaat om het subsidiaire verzoek onder I. Dat strekt tot een verklaring voor recht dat de mogelijke eigen schuld van [verzoeker] geen schade heeft veroorzaakt dan wel dat aanleiding is voor een bepaalde toepassing van de billijkheidscorrectie. Dat zijn nieuwe verzoeken, die niet op die manier ter zitting aan de orde zijn gekomen en waarop Achmea nog niet heeft kunnen reageren. De wijziging van het verzoek nadat de mondelinge behandeling heeft plaatsgevonden brengt in verband met het beginsel van hoor en wederhoor met zich dat Achmea de gelegenheid moet krijgen daarop te reageren, zoals zij ook, voor het geval de wijziging toelaatbaar wordt geacht, heeft verzocht. Dat vervolgens nogmaals een mondelinge behandeling moet plaatsvinden, valt op voorhand niet uit te sluiten.

4.3.3. De deelgeschilprocedure heeft echter als doel de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade te vereenvoudigen en te versnellen. Gelet op dit doel acht de rechtbank de wijziging van het verzoek en de processuele consequenties die dat met zich brengt in strijd met de eisen van een goede procesorde. De rechtbank laat deze wijziging van het verzoek derhalve buiten beschouwing.

Het verzoek onder II was, ten aanzien van de buitengerechtelijke kosten ad € 3.699,69, ter zitting uitdrukkelijk ingetrokken. Daarop kan [verzoeker] na de zitting niet terugkomen, zeker niet zonder daarvoor enige verklaring te geven. Ook dat deel van de wijziging wordt dus buiten beschouwing gelaten.

4.3.4. Het verzoek tot het opstellen van een belastbaarheidsprofiel was ter zitting reeds ingetrokken. Uit de brief van 26 september 2018 en de overige correspondentie, in bijzonder de brief van 21 maart 2019, maakt de rechtbank op dat [verzoeker] op kosten van Achmea is omgeschoold en dat hij afziet van een operatie. In het gewijzigde verzoek komt het verzoek tot het opstellen van een belastbaarheidspatroon ook niet meer voor.

4.3.5. De rechtbank zal dus per saldo beslissen op het oorspronkelijke verzoek onder I, wat het primaire deel betreft verduidelijkt bij brief van 26 september 2018, en het verzoek tot vergoeding van de kosten van de procedure.

4.3.6. Deze verzoeken van [verzoeker] berusten op artikel 1019w Rv. Dit artikel geeft een persoon de mogelijkheid om, indien die persoon een ander die hij aansprakelijk houdt voor schade die hij lijdt door dood of letsel, de rechter te verzoeken te beslissen over een geschil omtrent of in verband met een deel van hetgeen ter zake tussen hen rechtens geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst. Het doel van de deelgeschilprocedure is de vereenvoudiging en versnelling van de buitengerechtelijke afhandeling van letsel- en overlijdensschade. In deze zaak houdt de vraag of [verzoeker], door te berusten in de beëindiging van zijn dienstverband zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden, partijen verdeeld. Een oordeel over dit geschilpunt kan bijdragen aan het vlot trekken van de onderhandelingen die uiteindelijk zouden kunnen leiden tot een vaststellingsovereenkomst. De zaak is dan ook, zoals overigens niet tussen partijen ter discussie staat, geschikt voor behandeling als deelgeschil.

Schadebeperkingsplicht

4.4. Tussen partijen is in geschil of [verzoeker] zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden door in te stemmen met de beëindiging van zijn dienstverband waardoor er geen loondoorbetalingsplicht voor de (voormalig) werkgever van [verzoeker] is ontstaan. [verzoeker] voert in dit verband het volgende aan. Het restaurant beschikte niet over de financiële middelen om niet alleen hem door te betalen maar ook een vervanger. Bovendien was er geen werk dat [verzoeker] gelet op zijn beperkingen had kunnen doen.

Het uitgangspunt dient te zijn dat het de veroorzaker van het ongeval is die [verzoeker] in de situatie heeft gebracht dat hij als gevolg van zijn verwondingen zijn (hoofdzakelijk) fysieke werk niet meer kan verrichten waardoor schade is ontstaan. Van [verzoeker] kon niet worden gevergd dat hij, in de gegeven omstandigheden, niet zou instemmen met beëindiging van de arbeidsovereenkomst. Bovendien heeft Achmea daarvan geen nadeel, want de werkgever heeft, als hij zijn verplichting tot loondoorbetaling nakomt een zelf-

standig regresrecht op grond van artikel 6:107a BW.

4.5. Achmea stelt zich primair op het standpunt dat het verlies aan inkomen eraan is te wijten dat [verzoeker], zonder daartoe te zijn gehouden, heeft ingestemd met de beëindiging van zijn dienstverband. Het verlies van inkomen heeft dus een niet aan het ongeval gerelateerde oorzaak en vormt dan ook geen schade die is geleden uit hoofde van dat ongeval.

Subsidiair stelt Achmea zich op het standpunt dat [verzoeker], mocht worden geoordeeld dat het verlies van inkomen wel is gerelateerd aan het ongeval en schade uit dien hoofde vormt, zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden. Achmea voert daartoe het volgende aan. Indien het dienstverband niet was beëindigd, had [verzoeker] recht op doorbetaling van zijn loon gedurende ziekte, in ieder geval voor twee jaar. [verzoeker] had bij zijn werkgever aanspraak moeten maken op loon en een actieve inzet voor re-integratie. Het is aan de eigen schuld van [verzoeker] te wijten dat de (voormalig) werkgever van [verzoeker] zijn loon niet heeft doorbetaald en zich niet actief heeft ingezet voor re-integratie. [verzoeker] had de schade kunnen en moeten beperken. De stelling van [verzoeker] dat het geen verschil maakt of Achmea het loon dat [verzoeker] misloopt aan hem betaalt of dat zij, in het geval het dienstverband niet zou zijn beëindigd, het doorbetaalde loon aan de werkgever vergoedt, is onjuist. Wanneer sprake zou zijn geweest van een dienstverband, hadden zowel [verzoeker] als zijn werkgever zich in moeten zetten voor re-integratie. Achmea acht het aannemelijk dat [verzoeker] spoedig zou re-integreren met als gevolg dat [verzoeker] spoedig loon gevende arbeid zou hebben kunnen verrichten, hetgeen van invloed is op de omvang van eventueel regres van de werkgever van [verzoeker] bij Achmea.

4.6. Het door Achmea primair gevoerde verweer treft geen doel. Het is de veroorzaker van het ongeval die aansprakelijk is voor het letsel en dus [verzoeker] in de positie heeft gebracht dat hij zijn werkzaamheden niet meer kon uitoefenen. De schade ingevolge het verlies aan verdienvermogen is derhalve veroorzaakt door het ongeval. Deze schade heeft zich geconcretiseerd in het feitelijk niet meer ontvangen van loon door [verzoeker] nadat was gebleken dat [verzoeker], ondanks pogingen daartoe, niet meer tot verrichten van zijn eigen werkzaamheden in staat was ten gevolge

van het letsel. Het vereiste causaal verband tussen de schade en het ongeval is daarmee gegeven.

4.7. Bij de beoordeling van de vraag of [verzoeker] zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden, wordt het volgende voorop gesteld. [verzoeker] is op grond van artikel 6:101 lid 1 BW gehouden om de schade te beperken voor zover dit redelijkerwijs van hem kan worden verlangd, in die zin dat een schending van die Obliegenheit hem in het kader van de schadebegroting kan worden tegen-
geworpen. Of en in hoeverre redelijkerwijs van [verzoeker] kon worden verlangd dat hij zijn schade zou beperken, hangt af van de concrete omstandigheden van het geval. In deze zaak zijn de volgende omstandigheden van belang.

4.7.1. [verzoeker] was werkzaam in het restaurant van zijn vader en broer. Zijn loon was afhankelijk van de bedrijfsresultaten, het betreft een relatief klein familiebedrijf. Gesteld en onderbouwd is, dat het bedrijf niet over voldoende financiële middelen beschikte om zowel het loon van [verzoeker], die zijn werk niet meer kon verrichten, te betalen als dat van een vervangende arbeidskracht. Er bestond geen schriftelijke arbeidsovereenkomst, er werd geen (loon)belasting betaald, er waren geen verzekeringen en er was voor [verzoeker] geen premie afgedragen. Het uitoefenen van de schadebeperkingsplicht zoals Achmea die voor ogen staat zou hebben ingehouden dat [verzoeker], door aan te dringen op doorbetaling van salaris en een actieve inzet voor re-integratie, het voortbestaan van het bedrijf en zijn relatie met zijn familie op het spel had moeten zetten. Dat kon, naar het oordeel van rechtbank, in redelijkheid niet van hem worden gevergd. Zeker de veroorzaker van het ongeval, dan wel diens verzekeraar, kon dat niet van hem vergen. Daarbij komt nog het volgende.

4.7.2. Zeer onzeker is in hoeverre dergelijk aandringen inderdaad per saldo tot beperking van de schade zou hebben geleid. Daarbij gaat het zowel om de financiële mogelijkheden van het bedrijf als om het regresrecht dat de werkgever heeft op grond van artikel 6:107a lid 2 BW. Het is goed mogelijk dat het bedrijf het loon in feite niet zou hebben kunnen betalen. Het regresrecht van de werkgever brengt met zich dat de werkgever van [verzoeker], indien hij het loon van [verzoeker] wel had doorbetaald, hij jegens (de verzekeraar van) degene die aansprakelijk is voor het ongeval, recht heeft op schadevergoeding ten bedrage van het door hem betaalde loon. Of [verzoeker] spoe-

dig zou hebben kunnen re-integreren met als gevolg dat hij spoedig loon gevende arbeid zou hebben kunnen verrichten als zowel hij als zijn werkgever zich aan hun re-integratieverplichtingen zouden houden, valt niet te zeggen nu deze situatie zich niet heeft voorgedaan. Achmea heeft ook niet onderbouwd op grond waarvan zij het aannemelijk acht dat [verzoeker] spoedig zou re-integreren. Kennelijk heeft de cursus die [verzoeker] inmiddels op kosten van Achmea heeft gevolgd en het diploma als vorkheftruckchauffeur er ook niet aanstonds voor gezorgd dat hij werk kreeg.

4.8. Het vorenstaande leidt ertoe dat voor recht zal worden verklaard dat [verzoeker] door te bewilligen in de beëindiging van zijn dienstbetrekking zijn schadebeperkingsplicht niet heeft geschonden. Of, en tot welk bedrag, [verzoeker] schade heeft geleden die – na verrekening van de verkregen voorschotten – door Achmea vergoed moet worden valt niet vast te stellen, nu daarvoor de gegevens ontbreken. Voor zover met het verzoek daaromtrent een verklaring voor recht werd gevraagd, kan die niet worden gegeven.

Kosten deelgeschil

4.9. [verzoeker] heeft verzocht zijn kosten te begroten in de zin van artikel 1019aa Rv. Op grond van artikel 1019aa Rv worden de kosten bij de behandeling van het verzoek aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt (in dit geval [verzoeker]), in de beschikking begroot. Hierbij dient de dubbele redelijkheidstoets van artikel 6:96 lid 2 BW gehanteerd te worden. Dit betekent dat indien een deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld, de kosten daarvan niet voor vergoeding in aanmerking komen. Uit hetgeen hiervoor is overwogen volgt dat het laatste niet het geval is.

4.10. Ter gelegenheid van de mondelinge behandeling heeft mr. Van der Wouden een tweetal urenspecificaties overgelegd met betrekking tot de kosten van het opstellen van het verzoekschrift (€ 1.626,43) en de kosten van voorbereiding van de zitting (€ 785,17). Door Achmea is geen verweer gevoerd tegen het uurtarief of het gedeclareerde aantal uren.

4.11. Het gedeclareerde aantal uren (6:36 uren) alsmede het gehanteerde uurtarief (€ 280,42 inclusief 3% kantooropslag en 21% btw), komen de rechtbank niet onredelijk voor. Het door [verzoeker] betaalde griffierecht van € 291,= en een be-

drag van € 560,84 (twee uur voor de reis van en naar de rechtbank en de zitting) zal voorts in de begroting worden meegenomen. De kosten van het deelgeschil worden derhalve begroot op (€ 1.626,43 + € 785,17 + € 291,= + € 560,84 =) € 3.263,44.

4.12. [verzoeker] heeft verzocht Achmea te veroordelen in de kosten van het deelgeschil. Omdat Achmea de aansprakelijkheid heeft erkend voor de schade die voortvloeit uit de aanrijding, zal zij worden veroordeeld tot betaling van de begrote kosten van het deelgeschil ad € 3.263,44.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. verklaart voor recht dat [verzoeker] door te bewilligen in de beëindiging van zijn dienstbetrekking zijn schadebeperkingsplicht jegens Achmea niet heeft geschonden,

5.2. begroot de kosten als bedoeld in artikel 1019aa lid 1 Rv aan de zijde van [verzoeker] op € 3.263,44 en veroordeelt Achmea om binnen 14 dagen na de datum van deze beschikking deze kosten te betalen op bankrekeningnummer [rekeningnummer] ten name van Maarten Tromp Advocaten onder vermelding van “[naam vermelding]”,

5.3. verklaart deze beschikking uitvoerbaar bij voorraad,

5.4. wijst af het door [verzoeker] meer of anders verzochte.

NOOT

1. Inleiding

In deze uitspraak heeft de rechtbank geoordeeld over de reikwijdte van de schadebeperkingsplicht. Een benadeelde heeft na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is recht op schadevergoeding, maar daar staat tegenover dat hij zijn schade dient te beperken voor zover dat redelijkerwijs geveerd kan worden. Eigen schuld ex. art. 6:101 BW vormt de grondslag van de schadebeperkingsplicht. Volgens de rechtbank was er in deze zaak geen sprake van een schending van deze verplichting. Hieronder zal ik het kader schetsen waarlangs het handelen van de benadeelde beoordeeld moet worden. Is het terecht dat geen schending van de schadebeperkingsplicht werd aangenomen?

2. Arbeidsrechtelijke bescherming tijdens ziekte

Om een oordeel te kunnen geven over het handelen van de benadeelde is een korte uiteenzetting van de arbeidsrechtelijke bescherming tijdens ziekte van belang. Een zieke werknemer heeft gedurende 104 weken recht op doorbetaling van zijn loon. In deze periode geldt het opzegverbod bij ziekte en kan de werknemer in beginsel niet worden ontslagen. Wanneer de werknemer zelf instemt met zijn ontslag heeft dit tot gevolg dat hem geen beroep meer toekomt op het sociale vangnet zoals de Ziektewet. De werkgever en de werknemer dienen zich tijdens ziekte actief in te spannen voor de re-integratie. Achtergrond van deze (strengere) verplichtingen is om de werknemer weer snel aan het werk te krijgen en daarmee een beroep op de WIA te voorkomen.

In dit geval heeft de werknemer ondanks deze arbeidsrechtelijke bescherming tijdens ziekte ingestemd met een beëindiging van het dienstverband. Zonder zijn instemming had de werkgever niet over kunnen gaan tot ontslag en had de werknemer nog een lange periode recht gehad op loondoorbetaling en re-integratie. Tegen deze achtergrond dient het handelen van de werknemer beoordeeld te worden. Heeft de werknemer door in te stemmen met het ontslag zijn schadebeperkingsplicht geschonden?

3. Keuze voor een leerstuk

De verzekeraar had de pijlen niet alleen gericht op een schending van de schadebeperkingsplicht, maar verweerde zich ook met de stelling dat het verlies van inkomen is ontstaan door een niet aan het ongeval gerelateerde oorzaak. De werknemer had immers zelf ingestemd met de beëindiging. De rechter is echter van oordeel dat sprake is van causaal verband tussen de schade en het ongeval. Zonder de aanrijding was de benadeelde ook niet in de positie geraakt waarin hij zich genoodzaakt voelde om in te stemmen met de beëindiging. Een doorbreking van het causaal verband is derhalve niet aan de orde. Ook de heersende leer gaat in een situatie als de onderhavige uit van een beoordeling van het handelen van de benadeelde over de boeg van de schadebeperkingsplicht (A.L.M. Keirse, *Schadebeperkingsplicht*, Deventer: Kluwer 2003, p. 47).

Dit kan anders zijn wanneer er (over)duidelijk geen verband meer is tussen een ongeval en het handelen van de benadeelde. Dit was bijvoor-

beeld aan de orde in een uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden (Hof Arnhem-Leeuwarden 10 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3351). De benadeelde had letsel opgelopen door een mishandeling. Ten tijde van de mishandeling werkte hij in het kader van een leer/werktraject als automonteur. Enkele weken na de gebeurtenis had de benadeelde zijn werk en opleiding weer hervat. Enige tijd daarna stopte hij uit eigen beweging bij zijn werkgever (hij had een aanbod voor een vast contract geweigerd). De benadeelde was er niet in geslaagd om aannemelijk te maken dat hij vanwege de door hem ondervonden (psychische) klachten was gestopt bij zijn werkgever. Het leek er volgens het hof veeleer op dat de benadeelde voor zichzelf geen toekomst als automonteur zag, maar een andere carrière ambieerde. Er waren concrete aanwijzingen dat de benadeelde in een commerciële functie wilde gaan werken, hetgeen hij later ook is gaan doen.

4. Invulling van de schadebeperkingsplicht

Wanneer de schade (deels) aan de benadeelde zelf te wijten is, is het billijk dat deze ook (deels) voor zijn rekening komt (ex art. 6:101 BW). Dit roept de vraag op wanneer geoordeeld moet worden dat een benadeelde zijn schadebeperkingsplicht heeft geschonden. Met andere woorden: wat is nu precies de reikwijdte van de schadebeperkingsplicht?

Het is niet goed mogelijk om op voorhand de grenzen aan te geven. De invulling van de schadebeperkingsplicht is afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Het komt erop neer wat in redelijkheid van de benadeelde gevergd kan worden (HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980/43 en HR 29 mei 1998, *NJ* 1998/641). Tevens is van belang dat de benadeelde door het toedoen van een derde in de situatie terecht is gekomen waarin hij zijn schade dient te beperken. Dit heeft tot gevolg dat terughoudendheid dient te worden betracht (A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, p. 402 en Keirse 2003, p. 118). Er mag daarom niet te gemakkelijk worden aangenomen dat van een schending van de schadebeperkingsplicht sprake is.

Wanneer de benadeelde in strijd handelt met de verplichtingen die op grond van het arbeids- en socialezekerheidsrecht gelden, hoeft dat nog niet te betekenen dat ook van een schending van de schadebeperkingsplicht sprake is (zie uitgebreid:

M. Opdam, *Re-integratie bij letselschade*, 's-Hertogenbosch: Uitgeverij Boppress 2014, p. 175-191). Beoordeeld dient te worden of de benadeelde gelet op de concrete omstandigheden van het geval redelijk heeft gehandeld. Het Hof Leeuwarden (Hof Leeuwarden 9 september 2008, «JA» 2008/167) oordeelde in het kader van een geschil omtrent onroerende zaken en de vraag of sprake was van een schending van de schadebeperkingsplicht, dat een benadeelde niet pas dan redelijk handelt wanneer hij doet wat een voorzichtig mens zou doen die door toeval schade lijdt. Het komt erop neer of een 'normaal voorzichtig en redelijk mens' in dezelfde omstandigheden in redelijkheid dezelfde keuzes zou maken. Dit heeft tot gevolg dat waar een werknemer die door 'toeval' ziek is geworden niet snel zal instemmen met beëindiging van zijn arbeidsovereenkomst, dat niet betekent dat een benadeelde met letselschade hetzelfde zal moeten handelen. In de hier geannoteerde uitspraak maakt de benadeelde een keuze die hij wellicht niet had gemaakt wanneer hij de schade niet zou kunnen verhalen op een aansprakelijke partij. Het bovenstaande maakt echter duidelijk dat dit nog niet tot gevolg heeft dat sprake is van een schending van de schadebeperkingsplicht.

Dat de rechtbank in dit geval geen schending van de schadebeperkingsplicht aanneemt is ook te begrijpen. De benadeelde had gesteld en onderbouwd dat het bedrijf niet over voldoende financiële middelen beschikte. Van de benadeelde kon in redelijkheid niet gevergd worden dat hij het voortbestaan van het bedrijf en zijn relatie met zijn familie op het spel zou zetten.

Een beroep op de schadebeperkingsplicht door de aansprakelijke partij is alleen zinvol wanneer het handelen of nalaten van de benadeelde de schade daadwerkelijk heeft vergroot. Het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde in dit verband dat geen sprake kan zijn van een schending van de schadebeperkingsplicht in het kader van de re-integratie wanneer de benadeelde blijvend en volledig arbeidsongeschikt is geraakt (Hof 's-Hertogenbosch 23 juni 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2269).

Ook in de onderhavige zaak speelt de vraag of de schade daadwerkelijk vergroot is door akkoord te gaan met de beëindiging. Volgens de rechtbank valt niet te zeggen of de benadeelde spoedig zou zijn gere-integreerd wanneer zowel hij als de werkgever zich aan de re-integratieverplichtingen

hadden gehouden. Het had op de weg van de verzekeraar gelegen om dit punt nader te onderbouwen. De benadeelde had inmiddels een cursus gevolgd om als vorkheftruckchauffeur aan de slag te gaan, maar dit had ook niet tot werkhervatting geleid.

5. Regres

De rechtbank overwoog verder dat de werkgever – als hij zijn verplichting tot loondoorbetaling nakomt – een zelfstandig regresrecht heeft ex art. 6:107a BW. Op grond van deze bepaling heeft de werkgever een verhaalsrecht voor het (netto)loon en de re-integratiekosten. Wanneer de benadeelde werkzaam was gebleven bij het restaurant had de verzekeraar derhalve de inkomensschade evengoed moeten vergoeden, maar dan aan de werkgever. Dat betekent dat de schade door de beëindiging van het dienstverband per saldo niet is vergroot, maar slechts is verplaatst.

Daarbij kan de kanttekening geplaatst worden dat de re-integratiemogelijkheden vanuit een dienstverband vaak gunstiger zijn. Beëindiging van het dienstverband kan de schade vergroten aangezien terugkeer in de eigen of een andere passende functie bij de werkgever niet meer mogelijk is. Zoals hierboven al is beschreven schat de rechtbank de kans op re-integratie in dit concrete geval echter niet hoog in.

Gelet op de mogelijkheid van regres kan de vraag opkomen hoe reëel het is dat de werkgever van de benadeelde in deze zaak zou worden geconfronteerd met financiële problemen door de loondoorbetaling. Twee redenen kunnen daar de oorzaak van zijn. Ten eerste zal de werkgever in de praktijk het loon eerst moeten betalen en vervolgens de aansprakelijke partij om vergoeding kunnen verzoeken. Deze 'voorfinanciering' kan voor een klein bedrijf problematisch zijn. Daarnaast ziet het regresrecht alleen op het nettoloon. De overige werkgeverslasten (zoals de belasting, premies voor de socialeverzekeringswetten en pensioenpremie) blijven voor rekening van de werkgever (HR 24 oktober 2003, «JAR» 2003/279 en HR 15 november 2019, «JAR» 2019/313). In dit geval werd er geen (loon)belasting betaald en was er voor de benadeelde geen premie afgedragen.

6. Tot slot

In het kader van de schadebeperkingsplicht dient terughoudendheid te worden betracht. Er mag

niet te snel worden aangenomen dat een benadeelde zijn verplichting om de schade te beperken heeft geschonden. Het beëindigen van een dienstverband tijdens ziekte is een voorbeeld waarin men snel geneigd zou kunnen zijn om een dergelijke schending aan te nemen. Deze uitspraak van de Rechtbank Rotterdam illustreert echter hoe belangrijk het is om de concrete omstandigheden van het geval in ogenschouw te nemen. Naast het voorbeeld uit de geannoteerde uitspraak zijn er ook andere situaties denkbaar waarin het (afhankelijk van de concrete omstandigheden) van de benadeelde in redelijkheid niet gevergd kan worden dat hij zich verzet tegen de beëindiging van het dienstverband. Daarbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een (ernstig) verstoorde arbeidsrelatie of een uitzichtloze situatie met betrekking tot de re-integratie.

mr. dr. M. Opdam
professional support lawyer bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam

24

De klachtplicht van art. 6:89 BW: hoe zit het ook al weer?

Kantonrechter Rechtbank Den Haag zp
's-Gravenhage
15 mei 2019, nr. 7549869 RP VERZ 19-50094,
ECLI:NL:RBDHA:2019:7370
(mr. Luiten)
Noot mr. J. van de Klashorst

Deelgeschil. Klachtplicht. Toepassingsbereik. Stelplicht en bewijslast. Voorwaarden voor toepassing.

[BW art. 6:89, 7:23]

Deze zaak ziet op werkgeversaansprakelijkheid. In de ochtend van 21 december 2015 is verzoekster, werkneemster van verweerster, een ongeval overkomen. Zij wil een kerstkaart ophangen aan de muur bij haar werkplek. Zij valt over kratten met daarin computerspullen en loopt letsel op aan haar heup. Op 28 maart 2017 heeft werkneemster haar werkgever aansprakelijk gesteld voor de schade die zij heeft geleden in de uitoefening van

haar werkzaamheden. In dit deelgeschil staat de aansprakelijkheidsvraag centraal, maar de uitspraak is met name interessant vanwege de beoordeling van het beroep van de werkgever op de klachtplicht. De kantonrechter overweegt onder verwijzing naar het arrest Van de Steeg/Rabobank (HR 8 februari 2013, «JA» 2013/117) dat de klachtplicht op de onderhavige situatie van toepassing is. Hij oordeelt dat werkneemster tijdig heeft geklaagd. Het verzoek van werkneemster strandt niet op de klachtplicht, maar op de aansprakelijkheidsvraag. De kantonrechter overweegt dat de werkgever de op haar rustende zorgplicht niet heeft geschonden: er is sprake van een ongelukkige samenloop van omstandigheden.

[Verzoekster] te [woonplaats],
verzoekende partij,
gemachtigde: mr. Y. Slob,
tegen

1. de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid PsyQ BV te Den Haag,
 2. de onderlinge waarborgmaatschappij met beperkte aansprakelijkheid OWM Centramed BA te Zoetermeer,
- verwerende partijen,
gemachtigde: mr. E.V.A. van Tricht.

Partijen worden aangeduid als [verzoekster], PsyQ en Centramed. Verwerende partijen worden gezamenlijk aangeduid als PsyQ c.s. (meervoud).

1. Procedure (...; red.)

2. De feiten

- 2.1. [verzoekster] is als administratief medewerker in loondienst van PsyQ.
- 2.2. In de ochtend van 21 december 2015 is [verzoekster] een ongeval overkomen. Tijdens werktijd is zij gevallen over kratten met computerspullen en heeft zij letsel opgelopen aan haar heup. Vlak voordat zij viel, was [verzoekster] doende met het ophangen van een kerstkaart aan de muur nabij haar werkplek.
- 2.3. [verzoekster] is meermalen aan haar heup geopereerd en in april 2018 is besloten over te gaan tot een totale heupprothese.
- 2.4. Als gevolg van het ongeval is [verzoekster] gedeeltelijk arbeidsongeschikt.